Der Umfang des Warenausstattungsschutzes

unter Berücksichtigung des Entwurfs zum Warenzeichengesetz vom 11. Juli 1913.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Hermann Schwenke

Gerichtsassessor beim Kgl. Amtsgericht in Guben (Mark).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0111

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Begriff und Zweck der Ausstattung 3

§ 2. Verhältnis der Warenausstattung zum Warenzeichen . . 7

§ 3. Gesetzliche Regelung der Ausstattung 11

§ 4. Der Ausstattungsschutz 13

§ 5. Der Umfang des Ausstattungsschutzes 24

§ 6. Das Vorbenutzungsrecht 33

§ 7. Der Entwurf eines neuen Warenzeichengesetzes 38

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. München 1904.

Denkschrift über die bisherigen Arbeiten des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums 1891—1903. 2. Aufl. Berlin 1904.

Denkschrift des Deutschen Vereins für den Düsseldorfer Kongreß. Vorschläge zur Reform des Patentrechtes und des Warenzeichenrechts. Berlin 1907.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. 2. 1. Abt. Leipzig 1914.

Festgabe für Josef Kohler, s. Kent und Kloeppel.

Finger, Kommentar zum Warenzeichengesetz. 2. Aufl. Berlin 1906.

Finger, Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 7. 6. 1909. 4. Aufl. Berlin 1911.

Freund u. **Magnus,** Warenzeichenrecht. 5. Aufl. Berlin 1909.

Kent, Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. Berlin 1897.

Kent, Wechselbeziehungen zwischen den gewerblichen Schutzgesetzen in „Studien zur Förderung des gewerblichen Rechtsschutzes". In Festgabe für Kohler. Berlin 1909.

Kloeppel, Eintragungsprinzip und Vorbenutzung im Warenzeichenrecht. In Festgabe für Kohler S. 319 ff.

Kloeppel, Grundlagen des Markenschutzes. Beiträge zur Reform des Warenzeichengesetzes. Berlin und Leipzig 1911.

Kohler, Das Recht des Markenschutzes. Würzburg 1884.

Kohler, Warenzeichenrecht, zugleich 2. Auflage des Rechtes des Markenschutzes. Mannheim und Leipzig 1910.

Kohler, Der unlautere Wettbewerb. Berlin und Leipzig 1914.

Landgraf, Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. Stuttgart 1894.

Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Leipzig 1907.

Meves, Das Urheberrecht. Leipzig 1907.

Neuberg, Das Warenzeichenrecht. Leipzig 1908.

Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.

Rosenthal-Wehner, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 4. Aufl. Mannheim und Leipzig 1913.

Rhenius, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. 2. Aufl. Berlin 1907.

Schmid, Das Warenzeichenrecht nebst einem Überblick über die Bestimmungen wider den unlauteren Wettbewerb nach den Gesetzgebungen aller Länder. Leipzig 1899.

Seligsohn, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. 2. Aufl. Berlin 1903.

Volksdorf, Der gewerbliche Rechtsschutz in Deutschland. Leipzig 1906.

Weitere Verzeichnisse benutzter Bücher befinden sich in den Anmerkungen.

Die gebrauchten Abkürzungen der Gesetze, Entscheidungssammlungen und Zeitschriften sind die gebräuchlichen.

Einleitung.

Die Einführung einer gesetzlichen Regelung des Warenausstattungsschutzes in dem Gesetz vom 12. Mai 1894 bedeutet gegenüber dem früheren Markenschutzgesetz vom Jahre 1874 eine Neuerung. Erst allmählich hat sich die Ansicht Bahn gebrochen, daß nicht nur die eingetragene Marke, das Warenzeichen, gegenüber Nachahmungen Schutz zu finden habe, sondern daß auch die Ausstattung, mit der ein Kaufmann seine Ware versieht, ebenso sehr ein Kennzeichen seiner Persönlichkeit, seiner Ware oder seines Geschäftsbetriebes im allgemeinen ist wie das Warenzeichen. In der heutigen Zeit, in der die Entfernungen keine Rolle mehr spielen, lernt das Publikum durch persönlichen Verkehr oder die Reklame die Waren selbst des kleinsten Fabrikanten in entlegener Gegend schnell und leicht kennen. Hat dann ein Abnehmer sich erst von der Güte und den Vorzügen der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden überzeugt, wird er gerne wieder auf diese zurückgreifen wollen. Namen werden leicht vergessen; äußere Eindrücke, die Art der Verpackung, die besondere Form, in der die Ware feilgeboten wird, prägen sich dem Gedächtnis ein. Bietet

doch eine hervorstechende und geschickte, der Ware angepaßte Ausstattung für den Hersteller die wirksamste Reklame. So kommt es, daß die Geschäftswelt auf diese äußeren Dinge einen erheblichen Wert legt und keine Mühen und Kosten scheut, um der Ware ein eigentümliches Gepräge zu geben und dadurch das Publikum darauf aufmerksam zu machen. Allerdings hat die vielfach kostspielige Herstellung einer derartigen Ausstattung, die dem Publikum die Möglichkeit gibt, unter mehreren ihm angebotenen und angeblich gleich guten Waren die gewünschte wieder zu erkennen, für den Fabrikanten nur dann einen Zweck, wenn er damit rechnen kann, daß nicht jeder Konkurrent ihm die Ausstattung nachmachen darf und ihm damit einen Teil seiner Kunden entziehen kann. Die gesetzliche Regelung des Ausstattungsschutzes entsprach daher einem praktischen Bedürfnis, insbesondere auch mit Rücksicht auf das Ausland, das, wie beispielsweise Frankreich und England, bereits derartige gesetzliche Bestimmungen hatte.[1])

[1]) vgl. Kohler, Warenzeichenrecht § 16 S. 46 ff.

§ 1.

Begriff und Zweck der Ausstattung.

Begrifflich ist Ausstattung etwas, das nicht zur Ware selbst gehört, sondern ihr hinzugefügt wird, um die Ware zu schmücken und zu schützen. Die Ausstattung ist mithin eine äußere Zutat zur Ware, die mit ihrer Güte in keinem Zusammenhange steht. Dadurch wird sie geeignet, auf die Waren eines bestimmten Fabrikanten hinzuweisen. Die Erkenntnis jedoch, daß dieser Zweck durch die Ausstattung verfolgt und erreicht werden könne, beruht auf einer allmählichen Entwicklung. Zwar war das Bestreben, auf einer Ware die Herkunft anzugeben und sie so zu kennzeichnen, schon von jeher vorhanden. Man begnügte sich aber hierbei ursprünglich mit den Möglichkeiten, die sich aus der Natur der Ware oder ihrer Verpackung ohne weiteres ergaben. Verschiedene Waren, insbesondere manche Nahrungs- und Genußmittel, werden nicht anders als mit einer sie umhüllenden Verpackung in den Handel gebracht. Ebenso können Flüssigkeiten nur in Flaschen, Tuben oder sonstigen Gefäßen feilgeboten werden. Bei solchen und anderen Waren lag es ohne weiteres nahe, auf den Verpackungen und Umhüllungen oder auf den Etiketten die Herkunft, den Inhalt

oder die Bezeichnung der Ware und den Namen des Herstellers anzugeben. Man vertraute darauf, daß diese Angaben genügen würden, um dem Abnehmer die Herkunft der Ware vor Augen zu führen. Dagegen wollte man den Gedanken beim Publikum nicht aufkommen lassen, daß die Güte der Ware auf Kosten einer besonders gestalteten Ausstattung beeinträchtigt würde. So haben sich im Verkehr gewisse Formen für die Ausstattung bestimmter Waren herausgebildet, die allgemein für gleichartige Waren benutzt werden und selbst bei Abweichungen im einzelnen eine Unterscheidungskraft aus sich selbst heraus nicht besitzen.

Diese Ausstattungen sind nicht als solche im Sinne dieser Ausführungen anzusehen. Für etwas, das derart im allgemeinen Gebrauch steht, kann nicht von einem einzelnen ein Schutz beansprucht werden, selbst wenn sich der Nachweis der Ersteinführung erbringen ließe. Eine weitere Ausgestaltung erfuhr die Ausstattung erst mit dem Fortschreiten der Technik. Dadurch wurde sie zu dem, was sie heute ist, ein Mittel der Reklame. Damit dieser Zweck erreicht würde, mußte ihr ein besonderes Gepräge gegeben werden, das geeignet war, sie zu kennzeichnen und die Aufmerksamkeit des Publikums auf sie zu lenken. Erst durch diese Besonderheit wurde die Ausstattung fähig, die Ware von gleichartigen Waren eines anderen Gewerbetreibenden zu unterscheiden und so zum Kennzeichen für die Produkte eines bestimmten Herstellers zu werden.

Beides, Kennzeichnung der Ware und Besonderheit der Ausstattung, kann sehr verschiedenartig sein. Es kommt hier nicht nur die Verpackung oder Umhüllung und die Art, wie diese erfolgt, in Betracht; die Besonderheit kann auch in der Form der Ware selbst, in jeder auch nur einigermaßen augenfälligen Abweichung von dem Herkömmlichen bestehen. Jedoch ist nicht Voraussetzung, daß die Ausstattung immer einen neuen Gedanken enthält; auch das allgemein Übliche kann zur Ausstattung werden, wenn es für Waren der bestimmten Art noch keine Verwendung gefunden hat. So z. B. wenn jemand statt bisher gebräuchlicher Glasgefäße Tuben oder Ähnliches verwendet, oder dem Glasgefäß eine eigentümliche Form, z. B. Tonnenform (man denke an das Fleckenwasser Opal), verleiht. Die Ausstattung kann daher in den mannigfaltigsten Formen erscheinen, nur muß sie etwas äußerlich Erkennbares sein und dem Zwecke, die Ware zu unterscheiden, dienen. Es sind also als Ausstattung nicht anzusehen die Bilder, die vielfach der Ware beigefügt werden und nur zum Sammeln dieser Bilder und dadurch zur Erhöhung des Verbrauchs der Ware anregen sollen, wie die bekannten Liebig- oder Stollwerckbilder. Der Begriff der Ausstattung läßt sich daher in die Worte Landgrafs[2]) zusammenfassen, der sagt:

„Ausstattung ist mit einem Wort das Kleid einer Ware im Verkehr, aber nicht bloß das; auch jeder einzelne

---

[2]) Landgraf Anm. 4 zu § 15.

Teil dieses Kleides, ja, jede besondere Ausgestaltung, jedes Anhängsel, welches den Zweck verfolgt, die betreffende Ware als aus einem bestimmten Handelshause, einer bestimmten Erzeugnisstätte herrührend, sofort kenntlich zu machen. Das Wort ‚Ausstattung' verlangt also die allerweiteste Auslegung".

Diese weite Auslegung darf aber doch nicht dazu führen, als Ausstattung etwas zu bezeichnen, was nur auf Grund besonderer Gesetze, insbesondere des Patentgesetzes oder des Gebrauchsmustergesetzes Schutz erlangen und genießen kann. Unter den Begriff der Ausstattung können nicht besondere Arten der Herstellung einer Ware oder Verfahren bei der Herstellung der Ware gebracht werden, die zwar der Ware ein besonderes Gepräge geben, aber nicht als Kennzeichnungsmittel der Ursprungsquelle, aus der sie stammen, gewollt sind. Durch die Ausstattung darf die Ware nicht oder jedenfalls nicht um einen irgendwie erheblichen Teil verteuert werden, da sie nur Beigabe ist. Der Wert der Ware darf durch die Ausstattung nicht erhöht werden. Mit Recht hat daher das Reichsgericht in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen in einer Entscheidung [3]) ausgeführt, in der der Beklagte für sich das Recht der alleinigen Herstellung von mit Nadelpolitur versehenen Uhrenbalancewellen in Anspruch genommen und von der Klägerin die Unterlassung der Herstellung nadelpolierter Uhrenbalancewellen verlangt hat, weil solche ihm als Ausstattung geschützt seien:

[3]) JW. 1909 S. 669 Nr. 24.

Da, wo eine charakteristische Kennzeichnung von seiten eines bestimmten Gewerbetreibenden nicht vorliege, insbesondere garnicht vorliegen könne, weil sich ein jeder des Merkmals, das im einzelnen Falle die Kennzeichnung der Unterscheidung bilden solle, bedienen könne, könne auch von einer Ausstattung nicht die Rede sein.[4])

§ 2.

Verhältnis der Warenausstattung zum Warenzeichen.

Das Warenzeichen ist seiner Natur nach gleichfalls Ausstattung und zwar im weiteren Sinne,[5]) da es ebenso wie die Warenausstattung der Ware hinzugefügt wird, um sie zu kennzeichnen und sie von gleichartigen anderer Gewerbetreibender zu unterscheiden. Dies ist aber bei ihm alleiniger Zweck, während er bei der Ausstattung hinter dem allgemeinen wirtschaftlichen Zweck, die Ware zu schützen, zurücktritt. Die Eigentümlichkeit des Warenzeichens kann nicht daraus hergeleitet werden, daß es an einer bei gleichartigen Waren sonst nicht üblichen Stelle angebracht wird.[6]) Es ist von Anfang an als Kennzeichnungsmittel gewollt und zwar als eine Phantasiebezeichnung. Es ist ein Flächenzeichen, das durch ein Kennwort, ein Bildzeichen oder eine Zusammensetzung

---

[4]) vgl. auch bezüglich des Warenzeichens Pisko in Ehrenbergs Handb. Bd. 2,1 § 62 S. 364 ff.

[5]) vgl. Osterrieth, Lehrb. S. 289.

[6]) PMZBl. Bd. 2 S. 64; Kent Nr. 20.

beider, sogen. gemischte Zeichen, auf den Beschauer wirken soll. Die Ausstattung ist dagegen zunächst als etwas Körperliches gedacht.

Das Warenzeichen wird in die Zeichenrolle des Patentamts eingetragen. Die Eintragung hat die Wirkung, daß dem Eingetragenen ausschließlich das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Zeichen zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen anzubringen (§ 12 WZG.). Der Schutz ist somit unabhängig von dem tatsächlichen Gebrauch des Zeichens. Daher unterliegen ihm auch die sogen. Defensivzeichen, d. h. solche Zeichen, deren Eintragung nur deshalb angemeldet wird, um jede Verwechslungsmöglichkeit mit dem tatsächlich gebrauchten Zeichen auszuschließen.[7])

Dem Eintragungsprinzip entspricht es, daß die Eintragung des Warenzeichens an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen geknüpft ist. Das angemeldete Zeichen wird daher einer Vorprüfung unterzogen, die sich darauf erstreckt, ob es an sich eintragungsfähig ist und nicht mit einem bereits eingetragenen gleicher Warengattung übereinstimmt oder auch nur mit einem solchen verwechselt werden kann. Nicht eintragungsfähig sind Freizeichen,

[7]) Die Zahl der Defensivzeichen ist oft sehr groß. So sind z. B. für Odol nicht weniger als 24, für Maggi 26 Defensivzeichen eingetragen; vgl. PMZBl. 1901 S. 253.

d. h. Zeichen, die zur Bezeichnung von Waren im freien Gebrauch stehen. Hierher gehören Zeichen, denen wie die Weinrebe oder die Weintraube für Weine, der Äskulap für medizinische Artikel, das Bild eines Ochsen für Fleischextrakt usw. infolge Allgemeingebrauchs keine Unterscheidungskraft innewohnt. Ferner sind hierher zu zählen solche Zeichen, die ihrer Bestimmung nach im freien Gebrauch aller stehen sollen. Demnach sind Freizeichen kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung Zeichen, die ausschließlich in Zahlen, Buchstaben oder solchen Wörtern bestehen, die Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis, Längen- oder Gewichtsverhältnisse der Ware enthalten (§ 4 WZG.). Von der Eintragung ausgeschlossen sind ferner Zeichen, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, also z. B. solche, die ärgerniserregende Darstellungen oder unwahre Angaben enthalten und infolgedessen geeignet sind, das Publikum über Güte, Wert und Herkunft der Ware zu täuschen. So ist z. B. das Bild eines Butterfasses, einer Kuh und einer Milchwirtschaft für Margarine als zur Täuschung geeignet vom Patentamt abgelehnt worden.[8])

Mit dem Wesen der Ausstattung vertragen sich derartige gesetzliche Bestimmungen, wie sie für das Warenzeichen gegeben sind, nicht. Denn die Ausstattung ist, wenigstens ursprünglich, als etwas Körperliches gedacht.

---

[8]) PMZBl. Bd. 2 S. 91; Kent Nr. 151.

Sie besteht, wie Kohler mit Recht sagt,[9]) „nicht in einer kurzen zusammenfaßbaren Formgebung, sondern in einer, das ganze auffallend machenden und individualisierenden Gestaltung. Die Ausstattung verlangt daher nicht die Geschlossenheit wie das Warenzeichen". Trotzdem dieses unabhängig von der Ware ist und frei gewählt werden kann, sind die Gestaltungsmöglichkeiten der Ausstattung weit zahlreicher als bei diesem. Ihre Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft kann sie insbesondere auch dadurch erlangen, daß diese Wirkung durch eine eigenartige Anbringung der Ausstattung erzielt wird. Ja selbst ein Zeichen, das die Voraussetzungen erfüllt, um als Warenzeichen angemeldet und eingetragen zu werden, kann auch nur als Ausstattung dienen. Der Begriff des Körperlichen ist daher in der weiteren Entwicklung nicht mehr unbedingt Voraussetzung der Ausstattung. Man spricht demgemäß jetzt auch von nichteingetragenen „Zeichen".

Bestimmte Regeln für das, was als Ausstattung in Betracht kommen kann, lassen sich somit nicht aufstellen. Es bleibt dies dem Geschick und der Umsicht des Fabrikanten in jedem Falle überlassen. Gerade deshalb war aber das Verlangen nach einer gesetzlichen Regelung der Ausstattung, die dieser Vielgestaltigkeit Rechnung trug, und ihrer weiteren Ausgestaltung nicht zu enge Schranken zog, um so begreiflicher.

---

[9]) Kohler, Warenzeichenrecht § 38 S. 174.

§ 3.

Gesetzliche Regelung der Ausstattung.

Die Ausstattung hat ihre gesetzliche Regelung im Warenzeichengesetz gefunden. Ihre gleiche Natur mit dem Warenzeichen als Ausstattung im allgemeinen lassen die Anwendung der für dieses gegebenen Vorschriften noch am ehesten geboten erscheinen. Ungeeignet werden allerdings, da die Ausstattung ihren Schutz nicht aus einer formalen Eintragung herleitet, diejenigen Bestimmungen, die mit dieser Eintragungsfähigkeit des Warenzeichens zusammenhängen. Die Rechtsgrundsätze, die für die amtliche Prüfung und Eintragung gelten, können für die Ausstattung grundsätzlich überhaupt nicht in Frage kommen. Aus diesem Grunde kann auch § 4 WZG. hier keine Anwendung finden oder m. a. W.: für die Ausstattung gibt es keine Freizeichen. Zwar gibt es auch gemeinbräuchliche Ausstattungen, die keine Unterscheidungskraft besitzen, weil sie von allen Gewerbetreibenden oder denjenigen eines bestimmten Handels- oder Industriezweiges ständig benutzt werden. Es liegt aber die Sache hier völlig anders als beim Warenzeichen. Maßgebend für den Schutz und die Frage, ob eine Ausstattung unterscheidungskräftig ist, ist die Anschauung des Verkehrs. Dem Publikum aber können Vorschriften darüber, worin es die Unterscheidungskraft einer Ausstattung sehen will, nicht gemacht werden. Gerade in neuester Zeit hat man

sich mehr wie je daran gewöhnt, z. B. in Buchstaben als Abkürzungen von Namen den Hinweis auf die Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden zu erblicken. Das Publikum stellt sich somit in Widerspruch zu der Anschauung unseres Gesetzes, das derartigen Zeichen keine Bedeutung beimißt. Der Widerspruch ist aber nicht unbegründet. Denn auch die Gesetzgebung anderer Länder ist in dieser Hinsicht nicht einheitlich. In den meisten ausländischen Staaten werden Buchstaben als Warenzeichen zugelassen und nur ganz wenige Länder, wie in Europa z. B. Österreich, Portugal, Rumänien, Serbien, Schweden[10]) stehen auf demselben Standpunkt wie das Reichsrecht. Selbst bloße Zahlen können für die Ausstattung Verwendung finden. Es braucht nur auf die bekannte Zahl 4711 hingewiesen zu werden, die unter den verschiedenen Herstellern Kölnischen Wassers als Kennzeichen der Ware eines dieser Fabrikanten fast überall Eingang gefunden hat. Schließlich ist von der Ausstattung auch der Gebrauch in- oder ausländischer Staats- oder sonstiger Wappen nicht ausgeschlossen, sofern dieser Gebrauch nicht aus anderen Gründen unerlaubt ist.[11])

Von den Bestimmungen des Warenzeichengesetzes kommen somit für die Ausstattung nur solche in Frage, die über die Form des Warenzeichens handeln. Die Aus-

---

[10]) vgl. Finger in M. u. W. Bd. 13 S. 10/11, sowie die vergleichende Darstellung des ausländischen Markenschutzes mit dem deutschen in M. u. W. 1911/12.

[11]) vgl. z. B. § 360 Ziff. 7 RStGB.

stattung kann daher in Wortzeichen, Bildzeichen und gemischten Zeichen bestehen. Doch gilt hier noch eine Einschränkung. Die Ausstattung soll durch ihre Gestaltung auf das Publikum wirken. Daher kann eine Wortbezeichnung der Ware als Ausstattung nur insoweit angesehen werden, als sie eine eigenartige und gleichmäßige Gestaltung des Wortes durch typographische Darstellung durch Farbe oder ähnliche Mittel aufweist.[12])

Aus der Zulässigkeit der Anwendung der Vorschriften über die Form des Warenzeichens auf die Ausstattung folgt, daß die Ausstattung nicht auf die Warenbezeichnungen beschränkt ist, die nicht eintragungsfähig sind. Nach § 1 WZG. kann derjenige, der in seinem Geschäftsbetriebe zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren anderer sich eines Warenzeichens bedienen will, dieses Zeichen zur Eintragung in die Zeichenrolle des Patentamts anmelden. Schon hieraus ergibt sich, daß nicht jede Warenbezeichnung, die eintragungsfähig ist, auch eingetragen werden muß, um Schutz zu erlangen. Vielmehr kann sich der Hersteller mit dem allerdings weniger wirksamen Ausstattungsschutz begnügen.

§ 4.

Der Ausstattungsschutz.

Über den Ausstattungsschutz handelt der § 15 WZG. Dieser gegenüber dem alten Gesetz neu eingefügte Paragraph

[12]) Kent Nr. 711; RG. in PMZBl. 1897 S. 131, 1909 S. 319; Allfeld Anm. 3a Abs. 2 zu § 15.

lautet folgendermaßen: Wer zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung und Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dgl., mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem andern zur Entschädigung verpflichtet ...

Auf den weiteren Inhalt dieses Paragraphen, der Strafbestimmungen enthält, braucht nicht eingegangen zu werden, da hier nur der zivilrechtliche Schutz untersucht werden soll.

Der Ausstattungsschutz wird hier in einer eigenartigen Form und unter sonst nicht üblichen Voraussetzungen gewährt. Es fehlt vor allem jede Kenntlichmachung des Schutzes. Selbst für den Berechtigten steht danach der Beginn nicht fest. Denn ob seine mit der Ausstattung versehenen Waren sich soweit eingebürgert haben, daß sie innerhalb gewisser Kreise als Kennzeichen seiner Waren gelten, kann nur vermutet, nicht aber unbedingt festgestellt werden. Zwar kommt es auf den kürzeren oder längeren Gebrauch der Ware nicht an.[13]) Eine Ware

[13]) Ebenso Finger S. 357; Kent Nr. 702; Fuld S. 420; Mewes Anm. V, 2 zu § 15; RGSt. Bd. 29 S. 249; dagegen Seligsohn S. 207, der davon ausgeht, daß eine Ausstattung erst nach einem längeren mehrjährigen Gebrauch sich als Kennzeichen eines bestimmten

kann vielmehr schon mit dem Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens Ausstattungsschutz genießen, wenn nämlich der Kaufmann durch geeignete Reklame das Publikum auf die Ware hingewiesen und sie schon dadurch bekannt gemacht hat. Doch ist andererseits der Wille des Herstellers, eine Verpackung oder Umhüllung als Ausstattung in Verkehr zu bringen oder zu benutzen, nicht maßgebend. Es bestimmt sich dies lediglich nach der Anschauung der bei dem Absatze der Ware beteiligten Verkehrskreise, welche durch die fälschliche Verwendung einer derartigen Ausstattung über die Herkunft der Ware getäuscht werden können.[14]) Wie aber der Schutz nur durch den Gebrauch der Ausstattung entstehen kann, so ist er auch von der Fortdauer des Gebrauchs und von der Erhaltung der Ausstattung als Kennzeichnungsmittel eines bestimmten Betriebes abhängig. Er kann daher dadurch verloren gehen, daß jemand lange Zeit hindurch seine Konkurrenten die Ausstattung ungehindert benutzen läßt, so daß sie ihre Eigenschaft als besonderes Kennzeichnungsmittel einbüßt.[15]) So hat das Reichsgericht in der unten zitierten Entscheidung in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen

---

Gewerbetreibenden einbürgere. Vorher könne sie höchstens als Faktor für den Gesamteindruck meines Warenzeichens an dem Schutze des letzteren teilnehmen. Wie Osterrieth, Lehrb. S. 382, 1 demgegenüber richtig hervorhebt, wird eine solche Ansicht der Intensität der modernen Reklame nicht gerecht.

[14]) Kent Nr. 699; PMZBl. Bd. 2 S. 370.

[15]) vgl. RG. v. 6. 5. 1912 (II. 2. 1912).

die Klage einer Danziger Likörfabrik abgewiesen, die die für die Liköre „Danziger Goldwasser" oder „Kurfürstlicher Magenbitter" bekannten Lachsflaschen als Ausstattung zuerst in den Handel gebracht haben. Denn die ursprüngliche Besitzerin der Ausstattung sei der Mitbenutzung anderer Konkurrenten nicht sofort und mit Energie entgegengetreten und sie habe so den Verlust des Ausstattungsschutzes ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben.

Recht bestritten ist der an die Fassung des Gesetzes anknüpfende Ausdruck „innerhalb beteiligter Verkehrskreise" und der Umfang des durch Bekanntwerden in diesen Kreisen erworbenen Schutzes. Aus der Fassung des Gesetzes geht hervor, daß es genügt, wenn die Ausstattung nicht in allen beteiligten Verkehrskreisen, sondern überhaupt nur in solchen Kreisen Anerkennung gefunden hat. Das Gesetz spricht ausdrücklich nicht von Abnehmerkreisen. Gegenüber dem Gesetzestext ist dieses der engere Begriff. Denn über den Kreis der unmittelbaren Abnehmer hinaus ist in der Regel noch ein weiterer Kreis von Personen vorhanden, für die die Ware gleichfalls in Betracht kommt oder Interesse bietet. Hierher gehört aber nicht der Kreis der Zwischenhändler und der unmittelbaren Konkurrenten als ein besonderer Personenkreis. Letztere kommen für den Absatz der Ware nicht in Betracht, und gerade der Absatz soll durch § 15 WZG. geschützt werden.[16]) Die Zwischenhändler scheiden deswegen aus, weil sie, wenn

[16]) vgl. RG. v. 18. 4. 1913; M. u. W. Bd. 13 S. 22; ebenso Kent Nr. 706.

sie unmittelbare Abnehmer des Fabrikanten sind, die Ware als solche nach der Katalognummer oder der fabrikmäßigen Bezeichnung bestellen und beziehen und ihnen die Aufmachung, in der sie die Ware erhalten, gewöhnlich gleichgültig ist. Auch vermöge ihrer größeren Schulung und der Möglichkeit, zwei verschiedene Ausstattungen miteinander vergleichen und die Merkmale sich einprägen zu können, werden sie in der Lage sein, selbst ähnliche Ausstattungen von einander zu unterscheiden, und daher nur wenig oder gar nicht für den Schutz der Ware in Betracht kommen.[17]) Anders ist es allerdings, wenn der Zwischenhändler nicht unmittelbarer Abnehmer des Herstellers der Ausstattung, sondern zweiter und weiterer Zwischenhändler ist. Denn dann ist er im Verhältnis zum Fabrikanten Dritter und er trägt zum Schutz der Ware ebenso bei wie jeder Einzelverbraucher.

Es kann nun der Absatz der Ware sich auf einen räumlich beschränkten Verkehrskreis erstrecken. Dann ist der Schutz auch nur innerhalb dieses Verkehrskreises ge-

---

[17]) Der Zwischenhändler lernt aber die Ansicht des Publikums kennen. Es wird daher gerade auf sein Zeugnis erhebliches Gewicht zu legen sein. Er hat somit eigene Wahrnehmungen zu bekunden. Er kann aber auch als Sachverständiger in Frage kommen. So auch Osterrieth Lehrb. S. 382, der die Zwischenhändler aber nur als Sachverständige heranziehen will. Abweichend jedoch RGSt. v. 8. 4. 1913 in M. u. W. Bd. 13 S. 35, wo der Kreis der Zwischenhändler ohne nähere Begründung noch als selbständiger Verkehrskreis angesehen wird; ebenso Allfeld S. 607 Anm. 4b zu § 15.

geben. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn eine Ausstattung nur für Exportwaren gebraucht wird oder die Fabrikation im Inland nur für den Bedarf einer engeren Umgebung arbeitet. Hat die Ware dagegen überall ihre Verbreitung gefunden, so kommt es nicht darauf an, ob ihre Ausstattung jedem am Absatz der Ware Beteiligten bekannt ist, wenn dies nur bei einem Teil des Personenkreises der Fall ist. Vielmehr erstreckt sich der Schutz auf den ganzen Verkehrskreis.

Allfeld und Kent[18]) wenden hier ein, daß einem Personenkreis gegenüber, in dem die Ausstattung noch keine Anerkennung gefunden hatte, eine Täuschung nicht möglich sei. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Das Gesetz setzt nicht voraus, daß eine Täuschung im Handel und Verkehr tatsächlich erfolgt ist; sondern es genügt schon ein Versehen einer Ware mit einer fremden Ausstattung, ihr Feilhalten und Inverkehrbringen „zum Zwecke der Täuschung". Darauf, ob im einzelnen Fall jemand durch die Ähnlichkeit der Ausstattung mit einer anderen getäuscht worden ist, kommt es nicht an. Umfaßt aber der beteiligte Verkehrskreis nicht nur die tatsächlichen Abnehmer, sondern auch den sonstigen Interessentenkreis, so wird man schwer sagen können, eine Täuschung sei diesem Kreise gegenüber nicht möglich, selbst wenn die Ware als solche dort noch nicht bekannt ist.

Gleichwohl bietet gerade das Moment der Täuschungsabsicht für die zivilrechtliche Klage außerordentliche

[18]) Allfeld S. 617; Kent Nr. 727.

Schwierigkeiten. Denn es wird nicht immer leicht sein, diese Absicht einwandfrei im Prozesse nachzuweisen. Das Reichsgericht hat in fester Rechtsprechung ausgeführt, ein Gewerbetreibender handele nicht schon dadurch gegen das Gesetz, daß er die Ausstattung eines anderen nachbilde, um den Kunden die begehrte Ware in einer ihnen gewohnten Form anzubieten. Es liege erst dann ein Verstoß gegen § 15 vor, wenn der Täter bezwecke, daß seine Ware im Verkehr für die des anderen gehalten werde und wenn er aus diesem Grunde die Ähnlichkeit in der Ausstattung bis zur Verwechslungsmöglichkeit treibe.[19]) Denn aus dem Bewußtsein des Beklagten von der Möglichkeit, daß die von ihm gewählte Ausstattung den Irrtum hervorrufe, seine Ware rühre von der Klägerin her, ergebe sich noch nicht seine Absicht, diesen Irrtum hervorrufen zu wollen und eine bloße Billigung des event. eintretenden Erfolges sei zur Annahme der Täuschungsabsicht nicht ausreichend.[20]) Der Richter wird unter Anwendung des § 286 ZPO. unter Umständen auf eine Täuschungsabsicht des Beklagten schließen können. Solche Umstände können gegeben sein, wenn es sich um eine Ausstattung von Waren handelt, die nur von einigen wenigen Fabrikanten

---

[19]) RG. im Recht 1910 Nr. 2409; vgl. auch Mewes Anm. VI zu § 15 WZG.

[20]) RG. v. 8. 4. 1910, Bd. 73 S. 254. Diese Ausführung ist zwar juristisch richtig, praktisch aber unhaltbar. Denn zu der Feststellung der Täuschungsabsicht war nach dem Sachverhalt nur noch ein kurzer Schritt, der unter Anwendung des § 286 ZPO. hätte erfolgen müssen.

hergestellt werden. In einem solchen Falle kann davon ausgegangen werden, daß den Konkurrenten die Ausstattung der Ware des anderen bekannt ist und die Herübernahme der Ausstattung nur den Zweck verfolgt, das Publikum über die Quelle, aus der die Ware stammt, zu täuschen. Das Gleiche gilt bei einer besonders hervorragenden Ausstattung, wenn diese in allen Einzelheiten getreu nachgeahmt ist oder wenn überhaupt die Nachahmung eine besonders augenfällige ist.[21])

Trotz dieser feststehenden Grundsätze ist ihre Anwendung bei Beurteilung solcher Fälle nicht leicht. Denn eine Ausstattung ist nicht nur dann geschützt, wenn eine gleiche von einem andern benutzt wird, sondern auch dann, wenn diese mit Abweichungen wiedergegeben wird, „sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt". Dies bringt § 20 WZG. noch besonders zum Ausdruck. In der Praxis spielt dieser Paragraph eine bedeutende Rolle. Denn nur in den wenigsten Fällen werden eine ganze Ausstattung oder einige hervorragende Teile von ihr einfach herübergenommen; sondern es finden sich stets Abweichungen, die eine Nachahmung nicht immer offen zutage treten lassen. Aus der Bejahung der Frage, ob eine Verwechslungsgefahr gegeben ist, werden sich aber oftmals Rückschlüsse, wie oben erwähnt, auf die Täuschungsabsicht des Täters herleiten lassen, so daß beide Begriffe in engem Zusammenhang stehen.

[21]) So Allfeld Anm. 9a zu § 15 S. 623, 624.

Verwechslungsgefahr ist ein objektiver Begriff. Für die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer solchen Gefahr ist der Gesamteindruck, den beide Ausstattungen auf den Beschauer machen, maßgebend. Unerheblich ist es dabei, ob die Verwechslungsgefahr bei gleichzeitiger Prüfung der Ausstattungen verneint werden muß. Denn nur selten wird der Käufer die gewünschte Ware mit ihrer Ausstattung zur Hand haben. Er muß sich daher auf sein Gedächtnis verlassen, das ihm Einzelheiten nicht immer in der Erinnerung wachruft. Trotz völliger Verschiedenheit im einzelnen kann daher Verwechslungsgefahr vorliegen, wenn die Anordnung oder die Besonderheit der beiden Ausstattungen derart ähnlich ist, daß diese Unterschiede nur schwer erkannt werden. Hierbei ist auch der Bildungsgrad der Personen, bei denen die Ware hauptsächlich und ihrer Bestimmung gemäß Absatz findet, in Betracht zu ziehen. Die Ausstattung einer Ware, die nur von gebildeteren und höherstehenden Kreisen gekauft zu werden pflegt, wird weniger leicht verwechselt als eine solche, die nur von minder urteilsfähigen Personen gebraucht wird. Ist es aber nicht ausgeschlossen, daß eine Ware nicht nur vom urteilsfähigen Verbraucher persönlich, sondern auch von Dienstboten oder Angestellten für die Herrschaft beschafft wird, so ist auch das Unterscheidungsvermögen dieser Personen, wenn auch die Ware nicht von ihnen benutzt wird, zur Beurteilung mit heranzuziehen.

Bei der Beurteilung solcher Fälle und der Feststellung, daß der Beklagte die Ware mit der geschützten Ausstattung eines anderen zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr versehen und feilgeboten habe, darf aber auch nicht zu weit gegangen werden. Das Gesetz will nur da einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch geben, wo diese Voraussetzung zutrifft.[22]) Die Motive zum Gesetz führen daher aus: „Es würde eine unzulässige Einschränkung der Freiheit des Verkehrs sein, wenn das Gesetz jede Form, welche die Willkür des Einzelnen für die Verpackung oder Verzierung einer von ihm in den Verkehr gebrachten Ware auswählt, alsbald zu seinen Gunsten und als sein Eigen schützen wollte. Schutz kann nur dasjenige finden, was im redlichen Verkehr als eigentümlicher Hinweis auf eine bestimmte Warenquelle schon zweifellose Anerkennung errungen hat. Erst dann verletzt die Verwertung einer solchen Kennzeichnung zugunsten von Waren, die aus einer anderen Quelle stammen, das Interesse der ehrlichen Produktion und nicht minder das Interesse des kaufenden Publikums, selbst wenn sie nicht mit einer nachweisbaren Schädigung des Käufers verbunden ist. Die Voraus-

---

[22]) So auch insbes. RG. Bd. 73 S. 254, wo an der bisherigen Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten und gegenüber den gegenteiligen Ansichten Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 349; Gierke, DPrivR. Bd. 1 S. 746, 106; Kent S. 446; Finger S. 355, 356, 371; Seligsohn S. 209, 211; Freund S. 209; dagegen wie oben Rhenius S. 144; Allfeld S. 625. Bezüglich der der obigen Entscheidung in praktischer Hinsicht gegenüberstehenden Bedenken vgl. N. 20 S. 19.

setzungen, unter denen der Entwurf hier eine Strafbarkeit einführen will, haben die Gewähr, daß die neue Vorschrift nicht zur Schikane werden kann".[23])

Und doch entsteht dadurch erst die eigentliche Schwierigkeit. Denn es brauchen die Voraussetzungen für den zivilrechtlichen und den strafrechtlichen Schutz nicht notwendig die gleichen zu sein. Zur Strafbarkeit der Handlung ist allerdings der Vorsatz der Schädigung erforderlich. An der Bestrafung wird der Geschädigte aber überhaupt in den wenigsten Fällen ein Interesse haben. Trotzdem wird die Tatsache, daß die Handlung unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie für den zivilrechtlichen Schutz maßgebend sind, unter Strafe gestellt ist, mehr als erforderlich den Verletzten dazu verleiten, zunächst die strafrechtliche Anzeige zu machen, um zu erfahren, ob seine Ausstattung als Kennzeichen seiner Ware im Publikum gilt und somit schutzfähig ist. Andererseits ist es denkbar, daß wenigstens der Anspruch auf Unterlassung des widerrechtlichen Gebrauchs einer Ausstattung gegeben ist, auch ohne daß ein Handeln zum Zwecke der Täuschung nachgewiesen wird. Dadurch würde den Bedürfnissen des ehrlichen Handels Rechnung getragen, der jetzt unter den Schwierigkeiten, die der Geltendmachung berechtigter Ansprüche oft entgegenstehen, schwer zu leiden hat. Mehrfach sind bereits Klagen laut geworden, die eine Änderung des bestehenden Gesetzes dringend verlangen.

---

[23]) vgl. Mot. zum bestehenden Gesetz S. 17.

Die Berechtigung dieser Wünsche wird klar erhellen, wenn auf den Umfang des Warenausstattungsschutzes nach § 15 WZG. im folgenden näher eingegangen wird.

§ 5.

Der Umfang des Ausstattungsschutzes.

Der Umfang des Warenausstattungsschutzes ist gegenüber dem Warenzeichenschutz nur ein beschränkter. Wie schon aus den oben zitierten Motiven zum Warenzeichengesetz hervorgeht, hat der Gesetzgeber mit voller Absicht den Ausstattungsschutz auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen dem Verletzenden ein Handeln zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr nachgewiesen werden kann. Selbst unter dieser Voraussetzung greift § 15 nur da ein, wo ein anderer bereits den Ausstattungsschutz erlangt hat und nun Gefahr läuft, von einem Konkurrenten, der sich diese Kenntnis des Publikums zunutze machen will, verdrängt zu werden. Dagegen hat die Frage nach den rechtlichen Beziehungen zweier Gewerbetreibender, die selbständig und unabhängig von einander auf eine und dieselbe Ausstattung verfallen, eine gesetzliche Regelung nicht gefunden. Daraus geht hervor, daß das Nebeneinanderbestehen zweier gleicher Ausstattungen für gleiche oder gleichartige Waren sehr wohl möglich ist. Unzuträglichkeiten werden dadurch auch kaum entstehen, wenn das Absatzgebiet räumlich getrennt ist. Mit einer beiderseitigen Erweiterung und einem allmählichen In-

einandergreifen dieser Gebiete muß aber gerechnet werden. Damit ist für Streitigkeiten die Bahn offen, da jeder der beiden Fabrikanten sich auf seinen inzwischen erworbenen Ausstattungsschutz berufen kann.

Ein weiteres Bedenken ist daraus herzuleiten, daß § 15 sich nur auf das Verhältnis zu einer anderen Warenausstattung bezieht. Für den Eintritt des Schutzes ist nicht die Priorität der Ingebrauchnahme entscheidend, sondern der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Ausstattung in beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen eines bestimmten Gewerbetreibenden gilt. Auch dies zeitigt naturgemäß Übelstände, da ein rücksichtsloser und mit reichen Mitteln ausgestatteter Kaufmann einem kleineren Gewerbetreibenden, der mit verhältnismäßig hohen Kosten sich eine hübsche und originelle Ausstattung für seine Waren hat anfertigen lassen, diese nachzumachen in der Lage ist und sie vermöge seiner größeren Kapitalskraft schneller und erfolgreicher bekannt machen kann als jener. Nicht minder häufig als dieser der Praxis entnommene Fall ist der andere, daß jemand eine Ausstattung, die ganz oder auch zum Teil als Warenzeichen gebraucht werden kann, sich als solches eintragen läßt und nunmehr dem Ausstattungsbesitzer die weitere Benutzung derselben untersagt.

Diese und ähnliche Fälle legen die Frage nahe, ob und in welcher Weise den Übergriffen abgeholfen werden kann. Das Warenzeichen ist als solches geschützt. Kraft seiner Eintragung steht dem Zeichenberechtigten das aus-

schließliche Recht zur Benutzung des Zeichens zu und er kann verhindern, daß in die Zeichenrolle für gleiche oder gleichartige Waren ein mit dem ihm geschützten auch nur verwechslungsähnliches Zeichen eingetragen wird oder darin bestehen bleibt. § 15 enthält dagegen nur eine Verbotsbestimmung. Es soll dem unlauteren Konkurrenzbetriebe, der in dem Gebrauch der Ausstattung zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr liegt, entgegengetreten werden im Interesse der Allgemeinheit durch Strafe, im Interesse des Einzelnen durch Entschädigung.[24])

Die Bestimmung des § 15 WZG. enthält somit unmittelbare Rechtsgedanken aus dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbsgesetzes. Sie bildet einen besonderen Fall dieses Gesetzes. Von vielen Seiten, insbesondere auch von Kohler, wird die Ansicht vertreten, daß der Ausstattungsschutz überhaupt nicht nach den Regeln des Warenzeichenrechts, sondern nach den Regeln über lauteren und unlauteren Wettbewerb erfolge. Daß das Warenzeichengesetz im § 15 den Ausstattungsschutz besonders erwähne, könne hieran nichts ändern; damit werde nur ein besonderes Wettbewerbsmittel hervorgehoben und unter eigenen Strafschutz gestellt.[25]) Kohler behandelt daher im Warenzeichengesetz nur die Ausstattung als solche, d. h. ihre Form, während er den Ausstattungsschutz in

---

[24]) PMZBl. Bd. 7 S. 222.

[25]) Kohler, Warenzeichenrecht § 20 S. 72; Pisko in Ehrenbergs Handb. Bd. 2, 1 S. 336 Anm. 19.

sein Lehrbuch über den unlauteren Wettbewerb verweist.[26]) Eine solche Trennung ist jedoch nicht zu billigen. Denn der Ausstattungsschutz gehört trotz seiner Verwandtschaft mit dem Wettbewerbsgesetz in das Warenzeichengesetz, mit dem er nach seiner Gestaltung im engsten Zusammenhange steht. Auch das Warenzeichengesetz ist nichts anderes als ein in seinen Wirkungen besonders gearteter Fall des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb und somit die Stellung des Ausstattungsschutzes im Warenzeichengesetz sehr wohl zu rechtfertigen, und der Umstand, daß § 15 WZG. die Rechtsbeziehungen eines Ausstattungsbesitzers nur zum Nachahmer einer Ausstattung, also die sich ergebenden Rechtsbeziehungen nur lückenhaft regelt, scheint für die Anwendung des Wettbewerbsgesetzes zu sprechen.

Von dem Wettbewerbsgesetz, insbesondere von dessen § 1, werden alle diejenigen Eingriffe in die Freiheit eines fremden Gewerbebetriebes betroffen, die sich als sittenwidrig darstellen. Gegenüber dieser Generalklausel behandelt § 16 WZG. den auf Täuschung im Handel und Verkehr gerichteten Mißbrauch des Namens, der Firma oder der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts. Nach Abs. 3 daselbst stehen der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen

---

[26]) Kohler, Der unlautere Wettbewerb S. 131 ff., Warenzeichenrecht § 38 S. 175.

bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten. Aber es heißt dann ausdrücklich: „Auf den Schutz von Warenbezeichnungen und Ausstattungen finden diese Vorschriften jedoch keine Anwendung". Dadurch ist der grundsätzlichen Anwendung des Wettbewerbsgesetzes zur Ausfüllung der Lücke ein Riegel vorgeschoben. Das Wettbewerbsgesetz versagt gegenüber dem formalen Warenzeichenrecht, und ein Schutz außerhalb des Rahmens des § 15 WZG. besteht somit grundsätzlich nicht.[27])

Das Reichsgericht hat sich dieser Ansicht in mehrfachen Entscheidungen angeschlossen. Es hat gegenüber der Klage des die Ausstattung eines anderen benutzenden Warenzeichenberechtigten auf Untersagung des weiteren Gebrauchs der Ausstattung den Einwand, daß das Verhalten des Klägers gegen die guten Sitten verstoße und daß dieser daher gemäß § 826 BGB.; § 1 UnlWG. Rechte aus solchem Verhalten nicht herleiten könne, verworfen. Denn wer nach dem Warenzeichengesetz im unanfechtbaren Besitz eines Zeichens sei, könne nicht auf Grund des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb an dessen Führung behindert sein. Sogar die Behauptung, daß der eingetragene Zeicheninhaber die Anmeldung in der Absicht vorgenommen habe, in Handel und Verkehr zu

---

[27]) Kohler (Der unlautere Wettbewerb S. 133) nennt dies einen einseitigen systemlosen Formalismus.

täuschen, wurde für unerheblich erklärt.[28]) In einem besonderen Falle hat das Reichsgericht allerdings auch diesen Einwand für zulässig erklärt und die Löschung des Zeichens aus § 9 Abs. 1 Ziff. 3 WZG. zugelassen, wenn nämlich sich das Zeichen als eine eigentliche Qualitätsbezeichnung darstelle und infolgedessen der damit versehenen anders beschaffenen Ware eine Qualität beigelegt werde, die sie in Wirklichkeit nicht habe. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, daß das Gesamtbild einer Ausstattung sich als Qualitätsbezeichnung darstellen könne, wenn auch der nächste Zweck der Ausstattung die Kennzeichnung der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden sei. Sei dies aber der Fall, so würde ein dieses Gesamtbild wiedergebendes Warenzeichen, das zur Bezeichnung von Waren anderer Qualität und Herkunft benutzt werden solle, dadurch nicht aufhören, den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende Angaben zu enthalten, wenn es zwar einige Abweichungen enthalte, diese aber bei der im Verkehr geübten oberflächlichen Besichtigung das Gesamtbild nicht änderten.[29])

Diese Ansicht hat freilich in der Literatur heftige Angriffe erfahren.[30]) Man wird auch ohne weiteres zu-

---

[28]) RG. Bd. 40 S. 14; RG. in PMZBl. Bd. 5 S. 21 u. S. 153, Bd. 6 S. 294; Kent, Wechselbeziehungen S. 35; Allfeld Anm. 2 u. 3a zu § 15; Anm. 5 zu § 12 WZG.; Schmid S. 99; Meves Anm. 1 zu § 15.

[29]) vgl. RG. in PMZBl. Bd. 5 S. 21 und Bd. 6 S. 294.

[30]) Finger S. 354/55; Gierke, DPrivR. Bd. 1 S. 746 Anm. 106; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 S. 311 Anm. 15; Osterrieth, Lehrb.

geben müssen, daß das Ergebnis unbefriedigend ist, weil es dem unehrlichen Kaufmann Schutz seiner Handlungsweise gewährt. Daher ist auch an der oben wiedergegebenen Rechtsprechung vom Reichsgericht nicht starr festgehalten worden. In einer Entscheidung v. 21. 6. 1907 [31]) hat es den Satz, daß Warenzeichenschutz den Ausstattungsschutz beuge, eingeschränkt und die Löschung zweier Warenzeichen für zulässig erklärt, die Teile einer früher erworbenen Ausstattung waren. Denn wenn auch davon auszugehen sei, daß die Anmeldung eines Warenzeichens, das ein anderer bereits in Benutzung genommen habe, erlaubt sei und der durch § 12 WZG. gewährleistete Schutz nicht durch Anrufung des § 826 BGB. illusorisch gemacht werden dürfe, so seien doch Fälle besonderer Art denkbar, in denen nach Art und Weise der Erlangung des Zeichens und nach dem Endzweck gegen die guten Sitten verstoßen werde. § 826 finde daher Anwendung, weil die Anmeldung in offenkundiger Täuschungsabsicht erfolgt sei.

Abgesehen von diesem besonderen Falle ist mithin ein Schutz der Ausstattung gegenüber dem Warenzeichen

---

S. 378; Freund-Magnus, Warenzeichenrecht S. 206 u. 129; Rosenthal in GR. u. UR. Bd. 15 S. 172; Wirth, Warenzeichenrecht und gute Sitten in GR. u. UR. Bd. 15 S. 319 ff.; Katz, Vorbenutzungsrecht an Warenzeichen und Ausstattung in Z. f. Industrierecht Bd. 5 S. 50; derselbe, Unzureichender Warenbezeichnungsschutz in LZ. Bd. 6 S. 722 ff.; Kohler, Warenzeichenrecht S. 175; Ephraim in M. u. W. Bd. 5 S. 55 ff.

[31]) GR. u. UR. Bd. 12 S. 413 = JW. 1907 S. 507.

nicht vorhanden. Keineswegs genügt daher zur Anwendung des § 826 BGB. die Eintragung eines Warenzeichens bloß zu dem Zweck, einem anderen, der das gleiche Zeichen bisher als Ausstattung gebraucht hat, den ferneren Gebrauch unmöglich zu machen und ihn dadurch in seinem Gewerbebetriebe zu schädigen.[31a]) Es fragt sich daher, ob man auf einem anderen Wege zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen kann.

Namhafte Schriftsteller, wie Finger, Seligsohn, Kent u. a. treten für ein dem Zeichenrecht analoges Recht an der Ausstattung ein. Seligsohn begründet seine Ansicht dahin, daß die Vergleichung mit dem Zeichenrecht, namentlich bei Berücksichtigung des ausländischen Markenrechts lehre, daß die Ausstattung die gleiche Rechtsnatur wie das Zeichen besitze und sich nur dadurch von ihm unterscheide, daß ihre Kraft nicht durch Eintragungen festgestellt, sondern durch die Anerkennung im Verkehr stillschweigend errungen werde. Weiter sagt Seligsohn: Wenn § 15 die Entschädigung des Verletzten in den Vordergrund stelle, für die Bestrafung einen Antrag fordere, und anerkenne, daß durch Genehmigung die Nachahmung der Ausstattung erlaubt werde, so sei damit der privatrechtliche Grund der Bestimmung deutlich zum

---

[31a]) Der entgegengesetzten von Pisko in Ehrenbergs Handb. Bd. 2, 1 § 64 S. 377 vertretenen Ansicht kann daher nicht zugestimmt werden. Der Schädigungsvorsatz versagt gegenüber dem formalen Warenzeichenrecht, das in einer solchen Handlungsweise keinen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt.

Ausdruck gebracht.[32]) In gleicher Weise führt Salinger[33]) aus, ein mit gesetzlichem Schutz versehener Zustand sei ohne weiteres auch ein Recht, was im vorliegenden Falle das Reichsgericht auch dadurch anerkannt habe, daß es von einem Ausstattungsrecht spreche und auf Grund des § 15 WZG. einen Untersagungsanspruch gebe. Es habe dem Gesetzgeber völlig fern gelegen, die Ausstattung gewissermaßen nur als eine unvollkommene Marke, als ein erst durch die Eintragung vollen Schutz erlangendes Warenzeichen zu behandeln. Das Gesetz behandele Warenzeichen und Ausstattung an sich verschieden und voneinander unabhängig. Schon hieraus sei erkennbar, daß nach der Absicht des Gesetzes unmöglich der von ihm eingeführte Schutz dadurch zuschanden werden könne, daß jemand die Ausstattung eines anderen, ohne daß dieser in der Lage sei es zu verhindern, für sich als Warenzeichen eintragen lasse.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn wäre sie richtig, so würde der Ausstattungsschutz in seiner Wirkung und nach seinem Umfang dem des Warenzeichenschutzes vollständig oder doch fast vollständig gleichkommen. Dies hat aber, wie schon ausgeführt, nicht in dem Willen des Gesetzgebers gelegen und es würde auch nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu rechtfertigen sein.

---

[32]) Seligsohn, Einleitung S. 28; ebenso Kent Nr. 698 u. 716; Finger S. 354/55 Anm. 3a u. a.

[33]) Salinger in M. u. W. Bd. 12 S. 23.

Man hat daher versucht, dadurch Abhilfe zu schaffen, daß man von einem dem § 5 PatG. analog nachgebildeten Vorbenutzungsrecht spricht. Nach dem Patentgesetz wird demjenigen, der zur Zeit der Anmeldung den Gegenstand des erteilten Patentes bereits vorher in Benutzung genommen hatte, das Recht der Fortbenutzung trotz der Erteilung des Patentes gewährt. Einem solchen Vorbenutzer gegenüber tritt somit die Wirkung des Patentes nicht ein. Eine analoge Anwendung auf das Verhältnis des eine Ausstattung eines anderen benutzenden Warenzeichenberechtigten zu dem anderen Ausstattungsbesitzer würde allerdings geeignet sein, für die schlimmsten Fälle Abhilfe zu schaffen. Aus dem geltenden Gesetz ist ein solches Vorbenutzungsrecht jedoch nicht zu begründen, da es die Wirkung des Schutzes nicht von der formalen Eintragung, sondern von dem ersten tatsächlichen Gebrauch der Marke abhängig macht, somit das Formalprinzip durchbricht. Die Frage der Wirkung des Vorbenutzungsrechts ist daher von wesentlicher Bedeutung für die Neubearbeitung eines Warenzeichengesetzes, die bei der bisherigen Rechtslage durchaus erforderlich ist und von allen interessierten Kreisen dringend gewünscht wird.

§ 6.

Das Vorbenutzungsrecht.

Das Vorbenutzungsrecht ist kein neuer Rechtsgedanke. Es findet sich, wie bereits erwähnt, im Patentgesetz und es ist ferner fast durchweg in denjenigen ausländischen

Gesetzgebungen über Markenschutz enthalten, die nicht wie das deutsche Reichsrecht, auf dem formalen Eintragungsprinzip aufgebaut sind. So steht das französische Recht auf dem Standpunkt, daß grundsätzlich das Warenzeichenrecht schon durch die erste Verwendung der Marke erworben wird.[34]) „Celui qui le premier s'en empare, se l'approprie légitimement et peut en interdire l'usage aux autres".[35]) Der Zeichenschutz, d. h. der Schutz, Handlungen, die das Gesetz als Zeichenverletzung ansieht, in Gemäßheit des Markengesetzes zu verfolgen, ist zwar von der Hinterlegung der Marke abhängig. Der Vorbenutzer kann aber gegen den Inhaber eines eingetragenen Zeichens die Löschungsklage anstrengen. Nach portugiesischem Recht[36]) ist die Anmeldung und Eintragung nicht ausschließliche Bedingung des Zeichenschutzes. Vielmehr kann derjenige, der sich eines nicht eingetragenen Zeichens bedient, sofern seit dem Beginn der Zeichenführung des andern noch nicht sechs Monate verstrichen sind, Widerspruch gegen die Deponierung oder Eintragung desselben oder eines verwechselungsfähigen Zeichens erheben.

Das Vorbenutzungsrecht findet sich aber auch in

---

[34]) vgl. Wertheimer, Deutsches und französisches Warenzeichenrecht, in M. u. W. Bd. 12 S. 1.

[35]) Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres 6. Aufl., Paris 1912; Wertheimer a. a. O. S. 2.

[36]) Drucker, Portugiesisches und deutsches Recht, in M. u. W. 1911 S. 458.

einem anderen Markenschutzgesetz, das, wie das Reichsrecht, auf dem Eintragungsprinzip beruht. So gewährt das österreichische Recht in § 4 der Markenschutznovelle v. 30. 7. 1895[37]) demjenigen, der nachweist, daß das von ihm für die gleiche Warengattung geführte, nicht registrierte Warenzeichen bereits zur Zeit der Registrierung des angefochtenen in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen der Ware seines Unternehmens gegolten hat, einen Löschungsanspruch binnen zwei Jahren nach der Registrierung. Das Erkenntnis auf Löschung wirkt auf den Zeitpunkt der gelöschten Marke zurück.

Damit ist hier das strenge Formalprinzip durchbrochen und dem Grundgedanken des Warenzeichengesetzes, den ehrlichen Handel zu schützen, zum Siege verholfen. Es zeigt das österreichische Gesetz aber auch, daß man nicht auf das formlose Antragssystem, auf dessen Schäden und Unsicherheiten insbesondere Kohler hingewiesen hat,[38]) zurückzukommen braucht, um eine alle Teile befriedigende Lösung zu finden, wobei die Frage vorläufig noch ausgeschaltet werden kann, ob es zweckmäßig ist, dem Vorbenutzer einen Löschungsanspruch zu geben oder ihm nur eine Fortbenutzung seiner bisherigen Ausstattung zu gestatten.

In Deutschland setzte die Bewegung, die eine Änderung

---

[37]) vgl. Dr. Paul Abel, Die österreichische und deutsche Gesetzgebung über den Markenschutz in vergleichender Darstellung, in M. u. W. 1911 S. 413.

[38]) Kohler, Warenzeichenrecht S. 48.

des bisherigen Rechtszustandes erstrebte, bereits frühzeitig ein. Schon in dem Bericht des Rechtsanwalts Paul Schmid für den Kölner Kongreß des Deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums[39]) über die Frage des Rechts der Vorbenutzung an Warenzeichen ist auf den Mißstand hingewiesen, der durch die Entziehung eines nichteingetragenen Zeichens und Eintragung desselben seitens eines anderen entsteht.[40]) Der Frankfurter Kongreß dieses Vereins gelangte daher zum Vorschlage eines Vorbenutzungsrechts. Unter teilweiser Abänderung des zu weitgehenden Vorschlages dieses Kongresses beschloß dann der Kölner Kongreß:

„Die Wirkung der Eintragung eines Zeichens tritt gegenüber demjenigen nicht ein, der das Zeichen für gleiche oder gleichartige Waren in den beteiligten Verkehrskreisen im Inlande oder vom Inlande aus zur Zeit der ersten Anmeldung als das seinige bereits bekannt gemacht hat, oder der dasselbe Zeichen bis zur Anmeldung für gleiche oder gleichartige Waren in seinem Geschäftsbetrieb fortdauernd benutzt hat.

Der Vorbenutzer ist verpflichtet, das Warenzeichen innerhalb eines Jahres seit der ersten Eintragung

---

[39]) vgl. insbesondere Denkschrift über die bisherigen Arbeiten des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums 1891—1903 2. Aufl., Berlin 1904.

[40]) a. a. O. S. 30/31.

für sich selbst anzumelden; andernfalls geht er seines Rechtes an der Eintragung verlustig.

Das Recht auf Vorbenutzung eines für einen anderen eingetragenen Zeichens kann nur in gleicher Weise wie das durch Eintragung begründete Recht auf einen anderen übergehen".

Noch weiter ging der Kölner Kongreß in den Fällen, in denen die Eintragung eines von einem anderen als Kennzeichen seiner Ware bekannt gemachten Zeichens zum Zwecke unlauteren Wettbewerbs erfolgte, indem er hier dem Vorbenutzer oder seinem Rechtsnachfolger hinsichtlich der gleichartigen Waren, für welche die Vorbenutzung nachgewiesen ist, innerhalb eines Jahres nach Veröffentlichung des Zeichens einen Löschungsanspruch gab.

In ein besonderes Stadium gelangten die Vorschläge zur Neubearbeitung des Gesetzes durch Bekanntwerden der bereits angeführten Reichsgerichtsentscheidung v. 21. 6. 1907. Danach traten verschiedene Verfechter des Vorbenutzungsrechts für die Ansicht ein, daß dadurch eine vollkommene Abhilfe gegenüber den Fällen doloser nachträglicher Eintragung geschaffen sei, sodaß es einer weiteren gesetzlichen Regelung nicht bedürfe.[41]) Es wäre jedoch unrichtig, wenn man den darin vertretenen Rechtsstandpunkt verallgemeinern wollte. Kloeppel, dessen Ansicht in den oben angegebenen Worten wiedergegeben ist, hat denn auch seine frühere Meinung über die Bedeutung

---

[41]) vgl. Kloeppel in Festgabe für Kohler S. 349.

dieses Urteils in seiner 1910 erschienenen Schrift „Die Grundlagen des Markenschutzes“ geändert. In dieser Arbeit tritt Kloeppel in der Hauptsache für eine Ausgestaltung des § 16 UnlWG. ein[42]) und erst in zweiter Linie befürwortet er die Änderung des Warenzeichenrechts durch die Aufnahme einer das Vorbenutzungsrecht regelnden Bestimmung.

Die vorgeschlagene Änderung des § 16 UnlWG. hat durch die Novelle dieses Gesetzes vom Jahre 1909 ihre Erledigung gefunden. Denn es ist nicht anzunehmen, daß in kurzer Zeit eine Neubearbeitung erfolgen wird. § 16 findet aber auf Warenbezeichnungen und Ausstattungen keine Anwendung, demgemäß kann nunmehr nur noch die Änderung des Warenzeichengesetzes in Frage kommen.

§ 7.

Der Entwurf eines neuen Warenzeichengesetzes.

Im Reichsanzeiger vom 11. Juli 1913 ist ein Entwurf neuer gewerblicher Rechtsschutzgesetze, darunter auch des Warenzeichengesetzes veröffentlicht worden. Bemerkenswert ist zunächst, daß hinsichtlich des Ausstattungsschutzes die frühere Strafbestimmung fortgefallen ist. Da, wie schon oben gesagt ist, hier nur der zivilrechtliche Schutz erörtert werden soll, braucht auf die mannigfachen Stimmen, die eine Wiederherstellung des früheren Zustandes

---

[42]) Kloeppel, Grundlagen des Markenschutzes S. 18; vgl. auch Kohler, Warenzeichenrecht S. 254.

anregen, nicht weiter eingegangen zu werden. Nur so viel mag hier erwähnt werden, daß der Verfasser diesen Ansichten aus den bereits oben erwähnten Gründen nicht beitritt.

Über die Ausstattung handelt der § 34 des Entw. Derselbe lautet:

> „Wer ein nicht eingetragenes Warenzeichen, welches innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines anderen angesehen wird, oder eine Ausstattung oder sonstige Warenbezeichnung, für welche das gleiche gilt, derart benutzt, daß Verwechselungen der Geschäftsbetriebe im Verkehr hervorgerufen werden können, kann von dem Verletzten auf Unterlassung verklagt werden.
>
> Wenn der Benutzer wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechselungen hervorzurufen, so hat er dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Er hat auf Verlangen die widerrechtliche Kennzeichnung der in seinem Besitz befindlichen Gegenstände zu beseitigen oder, wenn dies nicht möglich ist, die Gegenstände zu vernichten. Das Gericht bestimmt, wie die Beseitigung oder Vernichtung auszuführen ist.
>
> Die Vorschriften der §§ 24 Satz 1, 25 finden Anwendung".

Nach § 24 Satz 1 des Entw. hat das Gericht auf Antrag der obliegenden Partei die Befugnis zuzusprechen, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten des Unterliegenden öffentlich bekannt zu machen; — die Art der Bekanntmachung wird im Urteil bestimmt. § 25 endlich gibt Vorschriften über die Verjährung und zwar beträgt die regelmäßige Verjährung sechs Monate von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von der die Verletzung begründenden Handlung und der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis drei Jahre von der Begehung der Handlung an gerechnet. Die Verjährung des Anspruchs auf Schadensersatz beginnt jedoch nicht, bevor ein Schaden entstanden ist.

Über den Inhalt und den Umfang des durch die Eintragung des Warenzeichens begründeten Rechts handeln die §§ 3—5 des Entw. § 3 entspricht im wesentlichen dem § 12 Abs. 1 des Gesetzes, § 4 demjenigen des § 13. Neu ist jedoch § 5. Dieser lautet:

> „Wer das eingetragene Warenzeichen zur Zeit der Anmeldung bereits derart benutzt hatte, daß es innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen seiner Waren gilt (Vorbenutzer), darf es in seinem Geschäftsbetriebe weiter benutzen. Der eingetragene Inhaber kann von dem Vorbenutzer verlangen, daß er von dieser Befugnis nur in einer Weise Gebrauch macht, welche geeignet ist, die Gefahr einer Verwechselung der Geschäfts-

betriebe auszuschließen. Die Befugnis des Vorbenutzers kann nur zusammen mit dem Geschäftsbetrieb, zu dem das Zeichen gehört, auf einen anderen übergehen."

Der § 34 des Entw. scheidet scharf die Fälle, in denen die Benutzung nur unter Hervorrufung einer Verwechselungsgefahr erfolgt von der Benutzung in Kenntnis oder grobfahrlässiger Nichtkenntnis der verwechslungsfähigen Ausstattung. Darin liegt eine zweifellose Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand. Die Voraussetzung, die ein Einschreiten des Ausstattungsbesitzers nur dann ermöglichte, wenn dem anderen Benutzer ein Handeln „zum Zwecke der Täuschung" nachgewiesen werden konnte, ist für den bloßen Untersagungsanspruch fortgefallen. Eine wesentliche Erleichterung ist ferner dadurch eingetreten, daß auch der Schadensersatzanspruch nicht mehr an diese frühere Voraussetzung geknüpft ist, sondern daß es schon genügt, wenn der andere wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechselungen mit der vorbenutzten Ausstattung hervorzurufen.

Fraglich und nicht ohne weiteres klar ist das Verhältnis des Ausstattungsbesitzers zum Warenzeichenberechtigten. Der § 34 des Entw. läßt, für sich betrachtet, die Vermutung zu, als ob dem Ausstattungsbesitzer auch gegenüber dem späteren Zeichenerwerber ein Untersagungsanspruch, und unter den Voraussetzungen des Absatz 2 ein Schadensersatzanspruch zustehe. Daß diese Ansicht

nicht richtig ist, zeigt § 5 des Entw. Denn daraus geht hervor, daß an dem Grundsatz: „Warenzeichenrecht bricht Ausstattungsschutz“ nichts geändert werden solle. Nur insoweit tritt eine Durchbrechung des Prinzips ein, als dem Ausstattungsbesitzer ein Weiterbenutzungsrecht in beschränktem Maße zugestanden wird. Daraus folgt, daß der Entwurf eine solche Eintragung nicht als eine mißbräuchliche Art der Benutzung der Ausstattung ansieht. Ist aber insoweit § 34 Abs. 1 ausgeschaltet, so geht bei der allgemeinen Fassung der § 5 auch beim Vorliegen des Falles des § 34 Abs. 2 vor. Dem Warenzeichenberechtigten schadet selbst die Kenntnis oder grobfahrlässige Nichtkenntnis darüber, daß eine solche mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet ist, Verwechselung hervorzurufen, nicht.

So sehr auch vom rechtlichen und wirtschaftlichen Standpunkte aus betrachtet die Aufrechterhaltung des Eintragungsprinzips zu fordern ist, so haben doch die zahlreichen Fälle der Praxis gezeigt, daß eine Durchbrechung des Systems notwendig ist, soweit dem Zeichenberechtigten eine illoyale Handlungsweise zur Last fällt. Durch § 5 wird zwar, wie auch die Begründung des Entwurfs ausführt, die Anwendung anderer Gesetze, also insbesondere des § 826 BGB., nicht ausgeschaltet. Wenn aber selbst der Fall des § 35 Abs. 2 noch nicht genügt, um dem Ausstattungsbesitzer ein Vorgehen gegen den Zeicheninhaber zu ermöglichen, so bleibt wie bisher die Anwendung des § 826 nur auf den Fall der offensichtlichen Täuschungsabsicht beschränkt. Sie ist daher mehr

theoretischer als praktischer Natur. Die Folge dürfte ein noch häufigeres Nebeneinanderbestehen von gleichen Warenzeichen und Ausstattungen sein, da die nach dem Entwurf erhöhte Gebühr sowie andere Umstände, deren Gründe der Nachahmer meist nicht erkennen kann, manchen Gewerbetreibenden immer noch davon abhalten wird, die Eintragung seiner Ausstattung, selbst soweit sie eintragungsfähig ist, vornehmen zu lassen. Der durch die Eintragung geschaffenen Rechtssicherheit des Zeicheninhabers stehen die gewichtigen Bedenken der dadurch für den Verkehr geschaffenen Unsicherheit gegenüber. Ist aber das Warenzeichengesetz auch ein Gesetz zum Schutz des Publikums, so kann die Frage, welche von beiden Interessenvertretungen der Gesetzgeber sich mehr angelegen sein lassen soll, kaum noch zweifelhaft sein. Infolgedessen erscheint es wünschenswert, wenigstens in den Fällen des § 34 Abs. 2 des Entw., dem nichteingetragenen Zeichenbesitzer auch gegenüber dem Warenzeichenberechtigten einen Untersagungsanspruch zu gewähren und insoweit den § 5 für nicht anwendbar zu erklären. Denn es widerspricht dem Rechtsempfinden, daß ein solcher Zeichenerwerber von einem Vorbenutzer, dem er auf diese Weise unlautere Konkurrenz macht, verlangen darf, daß er von seinem Vorbenutzungsrecht nur in einer Weise Gebrauch macht, daß eine Verwechslung der beiden Geschäftsbetriebe und der von beiden geführten ähnlichen Zeichen ausgeschlossen wird.

Auch die nach Bekanntmachung des Entwurfs aufgetretene Kritik ist nicht bedingungslos mit ihm ein-

verstanden.[43]) Sie begrüßt die Einführung des Vorbenutzungsrechts als einen Fortschritt, sieht diesen aber noch nicht als genügend an. Diesem Gedanken gibt Kirchberger[44]) durch die Worte Ausdruck: „Die ganze Rechtsentwicklung drängt trotz der noch zögernden Anerkennung des Ausstattungsrechts dahin, mit dem Formalprinzip auch weiterhin zu brechen, wo es mit unserem Rechtsempfinden in Widerspruch steht. Da es aber keinen vernünftigen Grund geben kann, der es als billig oder schätzenswert erscheinen läßt, dem Besitzer einer zwar nicht eingetragenen, aber vom Verkehr als Kennzeichen seiner Ware anerkannten Marke diese durch irgend einen Dritten entreißen zu lassen, so darf nicht nur ausnahmsweise, sondern unter keinen Umständen das formelle Recht des Zeichenjägers das bessere Recht des Vorbenutzers verdrängen. Gerade umgekehrt hat jener diesem zu weichen". Ob man diesem Rechtsempfinden durch Anlehnung an das österreichische Gesetz Rechnung trägt, wie Kirchberger in Übereinstimmung mit Salinger[45]) vorschlägt, oder ob man den § 5 des Entw. weiter ausgestaltet, mag

---

[43]) vgl. Rosenthal in M.u.W. Bd. 13 S. 57; Cantor ebenda S. 100; Schmidt ebenda S. 183, 251; Recken ebenda S. 131; Finger ebenda Bd. 12 S. 621. Dagegen Kloeppel in M.u.W. Bd. 13 S. 52 u. a.

[44]) Kirchberger, Glossen zum künftigen Warenzeichenrecht, in M.u.W. Bd. 13 S. 259.

[45]) GewRschutz Bd. 18 S 340; ferner Kloeppel, Grundlagen des Markenschutzes S. 28; Finger in M.u.W. Bd. 12 S. 624.

hier unerörtert bleiben. Jedenfalls würde die Gefahr, die die Eintragung eines solchen Zeichens dann mit sich bringt, manchen Geschäftsmann von der Anmeldung abhalten, da er gewärtig sein muß, das Zeichen innerhalb zwei Jahren wieder zur Löschung bringen zu müssen, so daß die aufgewandten Kosten völlig nutzlos waren. Allzu skrupellosen Zeichenerwerbungen würde durch eine solche sich an das österreichische Gesetz anlehnende Gesetzesregelung schon ein rechtswirksamer Riegel vorgeschoben werden.

Nach der bisherigen Fassung des Entwurfs können aber Streitigkeiten eines Ausstattungsbesitzers mit dem später eingetragenen Warenzeichenberechtigten über den Umfang der Fortbenutzung der Ausstattung nicht ausbleiben. Nach dem Gesetze wäre dann immer noch der Warenzeichenberechtigte der Stärkere und es müßte die Art der Fortbenutzung der Ausstattung nach der Ausdehnungsfähigkeit und dem Umfang seines Geschäfts bemessen werden. Hierin liegt der Widerspruch mit dem Rechtsempfinden, das nur in den wenigsten Fällen eine derartige Beurteilung gutheißt. Infolgessen ist nur zu wünschen, daß das künftige Gesetz diesem Rechtsempfinden Rechnung trägt und dem Richter somit die Möglichkeit gibt, auch seiner eigenen Auffassung und der im Geschäftsverkehr zu verlangenden Redlichkeit entsprechende Urteile zu fällen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.